

LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA PENAL: LUCES Y SOMBRAS

Miguel CARBONELL

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Proceso acusatorio y proceso inquisitivo*. III. *Principios del nuevo proceso penal mexicano*. IV. *Principio de exclusión de prueba ilícitamente obtenida*. V. *Presunción de inocencia*.

I. INTRODUCCIÓN

La reforma constitucional en materia penal publicada el 18 de junio de 2008 nos suministra la base para realizar una profunda transformación del sistema penal mexicano. Sus disposiciones tocan varios de los ámbitos sustantivos de dicho sistema, dado que abarcan temas como la seguridad pública (cuerpos policiacos y prevención del delito), la procuración de justicia (el trabajo del Ministerio Público, el monopolio de la acción penal que desaparece al menos en parte), la administración de justicia (a través de la incorporación de elementos del debido proceso legal y de los llamados juicios orales) y la ejecución de las penas privativas de la libertad.

Se trata de una de las reformas más importantes de los últimos años; a partir de su publicación en el *Diario Oficial de la Federación* abre una serie de perspectivas y retos que habrá que calibrar con detenimiento, si queremos que no se quede como puro papel mojado, tal como ha sucedido con otras reformas constitucionales recientes.

Aunque se ha debatido con intensidad acerca de su contenido y sobre las ventajas y riesgos que ofrece, lo cierto es que casi todos los que la han comentado reconocen que se trata de una reforma que no solamente era necesaria, sino también urgente.

El procedimiento penal mexicano está en completa bancarrota: es muy caro y no satisface ni garantiza los derechos de las víctimas, de los procesa-

dos y de los agentes de la autoridad que intervienen en su desarrollo.¹ Las diferentes etapas que integran el proceso penal, las cuales abarcan desde la prevención de los delitos a cargo de las policías locales principalmente, pasando por la integración de las averiguaciones previas que realizan los ministerios públicos, el desarrollo de la etapa de juicio que corresponde a los jueces penales, y la ejecución de las sentencias privativas de libertad que se lleva a cabo en las cárceles y reclusorios de la República, presentan enormes problemas y, en términos generales, están marcadas por una notable ineficacia: la policía no previene los delitos, los ministerios públicos no saben investigar y en consecuencia integran muy mal las averiguaciones previas, los jueces son indolentes y casi nunca están presentes en las audiencias, y en los reclusorios lo menos que se hace es atender el mandato constitucional que ordena que se logre la “reinserción social” de los sentenciados.²

En ese contexto, consideramos que la reforma penal se presentaba como una necesidad urgente y su atención por parte de los legisladores está más que justificada. Otra cosa es que el contenido de la reforma haya dejado descontentos a muchos, debido al intento de conciliar los intereses del gobierno para contar con mayores elementos jurídicos en su lucha contra la criminalidad organizada, por un lado, y los propósitos de la sociedad civil por modernizar nuestro sistema penal y hacerlo compatible con las mejores prácticas internacionales, por el otro. No son dos propósitos que puedan convivir pacíficamente, pero los legisladores se las ingeniaron para meterlos juntos en la reforma.

En las páginas que siguen intentaremos ofrecer un esbozo general del nuevo procedimiento penal, tomando como base el contenido del artículo 20 de la carta magna, el cual fue objeto de una revisión completa. De hecho,

¹ Los datos estadísticos que avalan esta afirmación pueden verse en Carbonell, Miguel y Ochoa Reza, Enrique, *¿Qué son y para qué sirven los juicios orales?*, 4a. ed., México, Porrúa, Renace, UNAM, 2009, capítulo I.

² Como es obvio, el problema no es exclusivo de México. A finales de marzo de 2009 el influyente periódico *The New York Times* dedicaba uno de sus editoriales a pedir apoyo para una iniciativa legislativa que proponía crear una comisión encargada de revisar en profundidad el fracaso monumental del sistema penal en los Estados Unidos (“Reviewing criminal justice”, *The New York Times*, 30 de marzo de 2009, en http://www.nytimes.com/2009/03/30/opinion/30mon1.html?_r=1). El periódico citaba, entre otros datos espeluznantes, el siguiente: mientras que el gasto en prisiones había crecido un 127% en las dos últimas décadas, el gasto en educación lo había hecho en un modesto 21%; es decir, el gasto en prisiones había crecido seis veces más que el gasto educativo. Se trata de un dato que dibuja de cuerpo entero las prioridades de una sociedad y de unos gobiernos que han llevado a que uno de cada 100 habitantes del país se encuentre encarcelado, cifra sin paralelo en ningún otro país del mundo.

podemos afirmar que, a partir de la reforma, se trata de un artículo completamente nuevo, pese a que mantiene una parte de su contenido anterior.

Sería muy complejo e incluso prolijo analizar todos y cada uno de los aspectos relevantes del artículo 20, por lo que nos limitaremos a señalar algunos aspectos que consideramos de la mayor importancia para el correcto funcionamiento del nuevo sistema de justicia penal en México. Nos referimos a: *a)* la caracterización del proceso penal como un proceso acusatorio; *b)* los principios del juicio penal, enunciados en el primer párrafo del citado artículo; *c)* la constitucionalización de la nulidad de la prueba ilícitamente obtenida, y *d)* la constitucionalización del principio de presunción de inocencia.

Antes de abocarnos al análisis de dicho precepto, quizá sea oportuno presentar en este momento unas reflexiones necesariamente breves sobre el significado general que entendemos debe tener el procedimiento penal desde una perspectiva garantista. Para ello, nos basaremos principalmente en la inmensa aportación de Luigi Ferrajoli, autor que también nos será de gran utilidad para explicar el contenido del modelo procesal acusatorio.

Cualquier análisis garantista de nuestros ordenamientos jurídicos no debería dejar de preguntarse una y otra vez cuándo y cómo se deben llevar a cabo los juicios, especialmente aquellos en materia penal, que suelen ser muy gravosos para los involucrados. En esta materia no se debería dar nada, o casi nada por hecho, si tomamos en consideración al menos dos factores: *a)* el procedimiento penal mexicano presenta graves fallas, por lo cual siempre hay que mantener una actitud de duda constante que incentive una aproximación crítica en los estudiosos y en los actores principales del sistema, y *b)* incluso en aquellos países en donde se cuenta con procedimientos penales más satisfactorios en términos de los resultados que producen, se están llevando a cabo importantes procesos en los que se discute acerca de las posibilidades de mejoras; algunas veces tales discusiones quedan solamente en el terreno académico y en otras se llevan adelante reformas legislativas; lo importante es no perder nunca la capacidad de preguntarse sobre el cuándo y el cómo del enjuiciamiento penal, o incluso mejor: sobre la pertinencia, idoneidad y necesidad del sistema penal en su conjunto.

No hace falta subrayar el vínculo estrecho que existe entre el modelo de derecho penal sustantivo que se siga en un determinado ordenamiento, y su correspondiente modelo de procedimiento penal.³ Las garantías penales sustantivas cobran sentido y se hacen realidad cuando cuentan con un con-

³ “Esquemas y culturas penales y procesal-penales... están siempre conectadas entre sí. Y esta conexión es histórica, además de teórica, puesto que los avatares del derecho pe-

texto procesal adecuado, en el que se aseguren a niveles aceptables ciertas pautas normativas postuladas ya por el pensamiento penal de la Ilustración.⁴ Para decirlo con las palabras de Ferrajoli, “tanto las garantías penales como las procesales valen no sólo por sí mismas, sino también unas y otras como garantía recíproca de su efectividad”.⁵

Las garantías adjetivas en materia penal pueden ser divididas en dos distintas categorías: orgánicas por un lado y procesales por otro. Las orgánicas se refieren a la colocación institucional del Poder Judicial respecto a los otros poderes del Estado y respecto a los sujetos del proceso; son garantías tales como la independencia, la imparcialidad, la responsabilidad, la separación entre juez y acusación, el derecho al juez natural, obligatoriedad de la acción penal, etcétera. La garantías procesales, por su parte, son aquellas que se dirigen a la formación del juicio, lo que comprende la recolección de las pruebas, el desarrollo de la defensa y la convicción del órgano judicial; se trata de garantías como la formulación de una acusación exactamente determinada, la carga de la prueba,⁶ el principio de contradicción,⁷ las formas de los interrogatorios y demás actos de la instrucción, la publicidad,⁸ la oralidad,⁹ los derechos de la defensa,¹⁰ la motivación de los actos judiciales, etcétera.¹¹

En las páginas que siguen nos concentraremos sobre todo en las garantías procesales, tal como quedaron recogidas en la reforma de junio de 2008.¹²

Las garantías del proceso penal, tanto orgánicas como procesales, sirven para construir un modelo procesal de corte cognoscitivo, cuyo objetivo es

nal material y de la teoría del delito han estado siempre modelados sobre las instituciones judiciales, y a la inversa”, Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 1995, p. 538.

⁴ Prieto Sanchís, Luis, *El pensamiento penal de la Ilustración*, México, Inacipe, 2003.

⁵ Ferrajoli, *Derecho y razón*, cit., p. 537.

⁶ Véase el artículo 20, apartado A fracción V de la Constitución.

⁷ Véase el encabezado del artículo 20, así como su apartado A fracciones IV y VI de la Constitución.

⁸ Véase el encabezado del artículo 20, así como su apartado B fracción V de la Constitución.

⁹ Véase el encabezado del artículo 20, así como su apartado A fracción IV de la Constitución.

¹⁰ Véase el artículo 20, apartado B fracción VI de la Constitución.

¹¹ Ferrajoli, *Derecho y razón*, cit., pp. 539 y 540.

¹² Sobre algunas de las garantías orgánicas y sus problemas dentro del ordenamiento jurídico mexicano puede verse Carbonell, Miguel, *¿El tercero ausente? Ensayos sobre el Poder Judicial*, México, Porrúa, IMDPC, UNAM, 2008. Ferrajoli analiza estas garantías en *Derecho y razón*, cit., pp. 574 y ss.

conocer una “verdad mínima”, pero siempre controlada, de conformidad con los estándares del proceso acusatorio.

En este esquema las garantías tienen un objetivo no solamente de libertad, sino también de verdad, de modo que se genera una especie de derecho fundamental de la persona frente a puniciones arbitrarias a cargo del Estado.¹³ Un esquema que se suele contraponer al cognoscitivo es el decisionista, que busca alcanzar una verdad sustancial, y global, fundada sobre todo en valoraciones; bajo este esquema, que suele darse en procesos de corte inquisitivo, los términos de la acusación pueden ser discrecionales, la instrucción puede ser secreta, el papel de la defensa resulta irrelevante y el objeto principal del proceso no es el hecho cometido y su valoración, sino la personalidad del reo.¹⁴

Es precisamente el valor de la verdad, junto al de la libertad, lo que permite legitimar un proceso penal; al respecto Ferrajoli indica que “el objetivo justificador del proceso penal se identifica con la garantía de las *libertades* de los ciudadanos, a través de la garantía de la *verdad* —una verdad no caída del cielo, sino obtenida mediante pruebas y refutaciones— frente al abuso y al error”. El valor de la verdad se proyecta de forma directa sobre el quehacer judicial, es decir sobre el desempeño profesional del juez, al que se exige “tolerancia para las razones controvertidas, atención y control sobre todas las hipótesis y las contrahipótesis en conflicto, imparcialidad frente a la contienda, prudencia, equilibrio, ponderación y duda como hábito profesional y como estilo intelectual”.¹⁵

Pasemos ahora al análisis de los temas del artículo 20 de la Constitución mexicana que nos propusimos abordar en este ensayo. En primer término abordaremos el significado de la cláusula constitucional que señala que el proceso penal es acusatorio.

II. PROCESO ACUSATORIO Y PROCESO INQUISITIVO

La primera frase del artículo 20 es contundente: “El proceso penal será acusatorio y oral”. Más claro ni el agua. Esa frase encierra una gran riqueza y supone la manifestación de todo un programa reformador de nuestra justicia

¹³ Ferrajoli, *Derecho y razón*, cit., pp. 540-541 y 543. Véase además, Guzmán, Nicolás, *La verdad en el proceso penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006.

¹⁴ Ferrajoli, *Derecho y razón*, cit., p. 541. Sobre los esquemas que distinguen al proceso acusatorio del proceso inquisitivo volveremos enseguida.

¹⁵ Ferrajoli, *Derecho y razón*, cit., p. 546 (las dos citas de este párrafo se encuentran en la misma página).

penal. El intérprete constitucional, si quiere darle un contenido concreto a dicha frase, debería ser capaz de contestar al menos las siguientes preguntas: ¿en qué consiste un sistema penal inquisitivo, por contraste con un sistema acusatorio? ¿cuáles son los elementos sustanciales de un sistema acusatorio? ¿cuáles son las diferencias fundamentales que nos permiten distinguir entre ambos sistemas y qué ventajas derivan de uno y otro? Vamos a intentar ofrecer un esbozo de respuesta de dichas cuestiones en las páginas siguientes.¹⁶

1. *Sistema inquisitivo: concentración de funciones en una misma autoridad*

El primer elemento característico de un sistema penal inquisitivo es que las funciones de investigar, acusar y juzgar están concentradas en una *misma* autoridad. Esta concentración puede dar lugar a diversos problemas para la administración de justicia. Dada la ausencia de contrapesos, en los sistemas inquisitivos se reduce la posibilidad de que la autoridad, al desempeñar sus distintos roles, actúe de manera imparcial y objetiva.¹⁷

¿Sería conceptualmente posible que la misma autoridad que investiga y concluye que cierta persona es responsable de cometer un delito, pueda determinar al día siguiente, al desempeñarse como juzgador, que las pruebas recabadas muestran que dicha persona es inocente?

¿Cuáles son las consecuencias del ejemplo opuesto?, ¿sería posible que la autoridad, al desempeñarse como investigador, no encuentre pruebas sólidas sobre la supuesta responsabilidad de un acusado y al día siguiente, en su calidad de juez, determine que el acusado es culpable?

En ambos supuestos la respuesta es la misma. En un sistema inquisitivo, donde se concentran las funciones de investigar, acusar y juzgar, es altamente probable que las conclusiones a las que llegue la autoridad cuando realiza funciones de investigación, se ratifiquen cuando dicha autoridad haga las funciones de juzgador. Así, en la gran mayoría de los casos, el

¹⁶ Algunas ideas expuestas en este apartado fueron tomadas de Carbonell y Ochoa Reza, *¿Qué son y para qué sirven los juicios orales?*, cit., pp. 29 y siguientes.

¹⁷ Duce y Pérez Perdomo apuntan que “Tradicionalmente, el proceso penal de Latinoamérica se ha definido como un proceso ‘inquisitivo’ en el cual el juez y el fiscal son una misma persona. El término se refiere al diseño general del sistema y en particular al papel del juez, que no sólo se encarga de juzgar el caso sino también de dirigir la investigación que busca descubrir la verdad con relación a los actos lesivos”, Duce, Mauricio y Pérez Perdomo, Rogelio, “La seguridad ciudadana y la reforma del sistema de justicia penal en América Latina”, en Fruling, Hugo *et al.* (eds.), *Crimen y violencia en América Latina*, Bogotá, FCE, 2005, p. 93.

acusado será culpable o inocente a partir de la investigación y no como consecuencia de enfrentar un juicio imparcial y objetivo. El principio de contradicción, esencial dentro de todo proceso moderno, no existe en el sistema inquisitivo.¹⁸

Duce y Pérez Perdomo apuntan que en el sistema inquisitivo “más que un sujeto con derechos, el acusado es visto como un objeto del proceso. Así, la investigación (el sumario o los procedimientos anteriores al juicio) es secreta, aun para el acusado. El sospechoso puede ser detenido e interrogado, incluso sin ser notificado del crimen por el cual se le investiga”.¹⁹

Si bien los sistemas inquisitivos en América Latina son ahora la excepción, hace dos décadas eran la regla.²⁰ La presencia de los sistemas inquisitivos tenía dos manifestaciones. Por ejemplo, en Chile y en Colombia —antes de sus reformas penales— el juez concentraba la realización de tres funciones del proceso penal. De hecho, en distintos momentos del proceso, el juez era la autoridad responsable de investigar un supuesto acto delictivo, de acusar a un individuo como presunto responsable, y de juzgar la culpabilidad o inocencia del acusado. Así, en los sistemas inquisitivos de Chile y Colombia el juez era de manera secuencial policía, fiscal y juez.

Otro ejemplo de los sistemas inquisitivos en Latinoamérica ha sido el sistema inquisitivo-mixto de México, el cual todavía sigue vigente en gran parte del territorio nacional. En el sistema inquisitivo-mixto de México, si bien hay una aparente separación de funciones entre el Ministerio Público (quien hace funciones de investigar y acusar) y el juez (quien determina la culpabilidad o inocencia de un individuo), hay una creciente participación del Ministerio Público en funciones que deben ser materia exclusiva del juez.

Una muestra de ello es el valor probatorio de las diligencias que realiza el ministerio público, en un fenómeno que se identifica en la literatura penal como “la prueba tasada”. El legislador ha establecido que las pruebas presentadas por el ministerio público en el expediente, siempre que se ajusten a los parámetros que establece la ley, tendrán valor probatorio pleno. Es decir, valdrán más que una prueba en contrario presentada por el acusado.

¹⁸ El principio de contradicción ha sido expresamente recogido entre los principios del proceso penal señalados en el encabezado del artículo 20 de la Constitución.

¹⁹ Duce, Mauricio y Pérez Perdomo, Rogelio, “La seguridad ciudadana y la reforma del sistema de justicia penal en América Latina”, *cit.*, p. 93.

²⁰ Maier, Julio B. J. *et al.*, *Las reformas procesales penales en América Latina*, Buenos Aires, AD HOC, 2000; Luís Pásara (comp.), *En busca de una justicia distinta: experiencias de reforma en América Latina*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.

Ante la presencia de ambas pruebas, el juez tendrá que valorarlas de manera distinta, con lo cual el Ministerio Público —de hecho— está determinando la inocencia o culpabilidad del acusado, con base en la fuerza legal preestablecida de su prueba y no en los méritos de la misma. Así, el Ministerio Público desempeña dos funciones procesales distintas, una como investigador y otra, indirectamente, como juez. El desigual valor probatorio de lo que ofrecen las partes ante el juez rompe el principio de igualdad procesal y supone, de hecho, un grave riesgo para la presunción de inocencia.

Otra manifestación de esta extensión de funciones se manifiesta a través del llamado *principio de inmediatez*, avalado por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN).²¹ Dicho principio consiste en que las pruebas recabadas por el Ministerio Público con mayor proximidad a los hechos delictivos, tendrán mayor valor probatorio que las pruebas recabadas con posterioridad, aun cuando estas resulten en un sentido contrario a las primeras. Con este fundamento el Ministerio Público ha adquirido una función adicional e indirecta como juzgador, pues la declaración de un testigo o del acusado ante el Ministerio Público, al principio de la investigación, va a determinar en gran medida el sentido de la sentencia del juez, aun cuando el proceso arroje más adelante elementos probatorios adicionales y contrarios.

La combinación de la “prueba tasada” y el *principio de inmediatez* puede ser una explicación poderosa de por qué el Ministerio Público en México tiende a no presentar mayores pruebas después de la parte inicial del proceso. El Ministerio Público sabe que es muy posible que sus pruebas presentadas por escrito durante la averiguación previa constituyan en sí un elemento valorativo para el juez que será difícilmente superado por la defensa que oponga el acusado. Así, el acusado en el sistema inquisitivo mixto (escrito) mexicano tampoco enfrenta, necesariamente, un juicio imparcial y objetivo.²²

En suma, la concentración de las funciones de investigar, acusar y juzgar en una misma autoridad, sea esta el juez (como en el caso de Chile y Colombia antes de su reforma) o el Ministerio Público (como es el caso de

²¹ No hay que confundir este principio con el de “inmediación”, que será analizado más adelante por estar recogido en el encabezado del artículo 20 constitucional.

²² En palabras de Miguel Sarre: “cuando menos garantías tiene el acusado, mayor es el valor de las pruebas, mientras que en la medida en que cuenta con mayores garantías, se reduce el valor de las pruebas. Dicho de otra forma, cuando el acusado cuenta con todas las garantías, estas prácticamente ya no le sirven”; “Control del Ministerio Público”, *Los Controles Constitucionales. Anuario de Derecho Público*, México, McGraw Hill Serie Jurídica / ITAM, 1999, pp. 131-149, cita en la p. 140.

México) son una característica de los sistemas inquisitivos que han mostrado en la práctica diversas deficiencias. ¿Cuál es la alternativa?

2. *El sistema penal acusatorio: separación de funciones*

La principal característica de un sistema acusatorio es que las funciones de acusar y juzgar quedan claramente separadas entre sí y cada una son responsabilidad de instituciones distintas.²³ Ferrajoli apunta al respecto que “La separación de juez y acusación es el más importante de todos los elementos constitutivos del modelo teórico acusatorio, como presupuesto estructural y lógico de todos los demás”.²⁴ A grandes rasgos podemos hablar de cuatro etapas en el proceso penal; en cada una de ellas las funciones de acusar y juzgar son responsabilidad de autoridades distintas.

En los sistemas acusatorios es común que la investigación sea un esfuerzo coordinado entre el Ministerio Público (o Fiscal de la Nación) y la Policía Judicial (o de Investigación). En una segunda etapa, el Ministerio Público decidirá, a partir de la evidencia científica recabada, si hay materia para acusar a una persona determinada sobre la realización de un delito (en este momento se produce el ejercicio de la acción penal) y en su caso pedir medidas cautelares.²⁵

En tercer lugar, un juez de garantías (o juez de control de garantías) vigila que durante la etapa de investigación se respeten los derechos fundamentales de víctimas y acusados. En ese ánimo, ante el ejercicio de la acción penal, debe resolver la admisibilidad de la acusación o su rechazo y establecer en su caso las medidas cautelares procedentes. Finalmente, el juez de tribunal oral, que es un órgano distinto al de garantías, evaluará en igualdad de circunstancias las pruebas presentadas en audiencia pública por el Ministerio Público, la víctima y el acusado, y determinará objetiva e imparcialmente su culpabilidad o inocencia.

Así, en un sistema acusatorio el juez no participa en los procesos de investigación, ni el Ministerio Público juzga, directa o indirectamente, la

²³ Esta idea fue recogida con claridad en la sentencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos en el caso *McNeil versus Wisconsin*, resuelto en 1991 con ponencia del juez Scalia; hay un importante voto particular de John Paul Stevens que también se refiere al punto de la separación orgánica como caracterización de los modelos de proceso penal.

²⁴ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, cit., p. 567.

²⁵ En algunos sistemas acusatorios el Ministerio Público no tiene el monopolio de la acción penal. En Chile, a partir de su reforma de justicia penal acusatoria y oral, la Constitución también otorga la facultad de ejercer la acción penal a la víctima de la conducta delictiva.

culpabilidad o inocencia de un acusado. Cada institución tiene su esfera de responsabilidad dentro del sistema penal, pero a diferencia de los sistemas inquisitivos, las funciones son exclusivas y no se sobreponen. Como bien lo resume Guillermo Zepeda Lecuona, “la distinción fundamental entre ambos modelos es que el órgano de acusación y el que juzga estén separados (acusatorio) o se concentren en una sola entidad (inquisitivo)”.²⁶

En Chile, para evolucionar del sistema inquisitivo y escrito, que estuvo vigente desde tiempos de la Colonia española, y establecer en cambio un sistema acusatorio y oral fue necesario crear el Ministerio Público. Dicha institución fue indispensable para sustituir al juez en las funciones de investigación y acusación que realizaba bajo el sistema inquisitivo.²⁷ En Colombia, fue creada con ese mismo fin la Fiscalía General de la Nación.

Si bien es cierto que al separar las funciones de investigar, acusar y juzgar se cumple una condición necesaria para dejar atrás un sistema inquisitivo y escrito, esto por sí solo no es una condición suficiente para establecer un sistema penal acusatorio y oral. Los principios jurídicos bajo los cuales se organizan cada uno de los dos sistemas penales, así como los mecanismos que los hacen funcionar en la práctica, son distintos en ambos modelos. ¿Cuáles son los elementos adicionales que nos permiten distinguir entre un sistema inquisitivo y un sistema acusatorio?

3. *Diferencias adicionales entre los sistemas inquisitivos y los sistemas acusatorios*

Las diferencias adicionales entre los sistemas acusatorio e inquisitivo se pueden señalar a partir de una descripción básica de su funcionamiento. En términos generales, los sistemas acusatorios son orales, públicos y con elevados niveles de transparencia. En cambio, los sistemas inquisitivos son escritos, cerrados y con elevados niveles de hermetismo (véase cuadro 1).²⁸

²⁶ Guillermo Zepeda Lecuona ha escrito uno de los libros más completos sobre el funcionamiento y la problemática del sistema de justicia penal en México véase *Crimen sin castigo: procuración de justicia penal y ministerio público en México*, México, Fondo de Cultura Económica, CIDAC, 2004, cita en la p. 93.

²⁷ Un análisis detallado de la reforma procesal penal en Chile, que en buena medida ha servido como modelo para México, puede verse en Carbonell y Ochoa Reza, *¿Qué son y para qué sirven los juicios orales?*, cit., pp. 47 y ss.

²⁸ Para una distinción de las características de los sistemas inquisitivo y acusatorio ver el texto de Ana Montes Calderón, “Elementos de comparación entre el Sistema Inquisitivo y el Sistema Acusatorio”, *Técnicas del juicio oral en el sistema penal colombiano: lecturas complementarias*, Bogotá, Comisión Interinstitucional para el Impulso de la Oralidad en el

En los sistemas inquisitivos se dedica un enorme esfuerzo institucional para integrar un expediente para cada caso particular. Como el juez dictaminará la inocencia o culpabilidad del acusado a partir de la lectura y estudio del expediente, todo aquello que no forma parte de aquel, simplemente no existe para el caso. Por otro lado, las pruebas que integran el expediente no tienen que presentarse, necesariamente, en audiencia pública, ni el juez tiene que estar presente en todo momento cuando se celebren dichas audiencias. De hecho, el juez puede delegar esta función a personal del juzgado, por lo cual es posible que en el extremo, un juez dicte una sentencia sin haber presenciado el desahogo de pruebas o haber escuchado directamente a las víctimas o a los acusados. Esto sucede con frecuencia en México.

Más aún, el amplio número de expedientes que debe resolver un juez cada mes, así como la extensión de los mismos (que puede superar las quinientas páginas en promedio) hacen común que un funcionario del juzgado lea el expediente (o no) y le presente un proyecto de sentencia al juez para su resolución final. El criterio del juez estará formado a partir de lo que sus asistentes le presenten en forma de proyecto.

Los sistemas acusatorios y orales funcionan, como hemos comentado antes, de manera totalmente diferente. Para empezar, en el sistema oral no hay expediente, pues la acumulación de pruebas escritas en un registro no tiene valor para iniciar el caso o para determinar la culpabilidad o inocencia del acusado. Para que las pruebas sean válidas y suficientes para dar inicio al procedimiento penal, el Ministerio Público debe presentarlas de manera oral ante el juez de garantías, quien de considerarlo conveniente dará inicio al proceso y dictará las medidas cautelares necesarias para proteger los derechos de víctimas y acusados.

Concluida la investigación, se presentará la totalidad de las pruebas del caso en audiencia pública, ante el juez (o jueces) de juicio oral, quien será una persona distinta al juez de garantías. El juez no puede delegar la celebración de la audiencia a un funcionario del juzgado. Su presencia es obligatoria. Más aún, durante la audiencia pública tanto la víctima como el acusado tienen el derecho de escuchar el caso, confrontar las pruebas y presentar sus propios argumentos de manera directa frente al juez. La prueba que no se desahogue en la audiencia pública y oral simplemente no tiene valor para el caso (salvo mínimas excepciones). A partir de las pruebas presentadas, el juez (o un jurado) determina la culpabilidad o inocencia del acusado y establece la penalidad correspondiente.

Cuadro 1
Diferencias entre un sistema inquisitivo y uno acusatorio

<i>Sistema inquisitivo</i>	<i>Sistema acusatorio</i>
<p>Concentración de las Funciones de investigar, acusar y juzgar en una <i>misma</i> autoridad.</p> <p>Dos posibles modalidades:</p> <p>El juez investiga, acusa y juzga (Chile y Colombia antes de sus reformas)</p> <p>El Ministerio Público investiga, acusa e influye como autoridad para juzgar la culpabilidad o inocencia del acusado (México en casi todo el territorio nacional)</p>	<p>Separación en las funciones de investigar, acusar y juzgar en autoridades <i>distintas</i>:</p> <p>Una autoridad investiga: Policía de Investigación</p> <p>Una autoridad acusa: Ministerio Público</p> <p>Una autoridad acepta o rechaza la procedencia del caso y dicta medidas cautelares para proteger los derechos de víctimas y acusados: juez de garantías</p> <p>Otra autoridad juzga la culpabilidad o inocencia del acusado: juez de juicio oral (o un jurado) y establece la pena consecuente</p>
<p>El acusado es objeto de investigación por lo que no participa de la misma, tiene derecho a un abogado cuando ya existe una acusación en su contra. Su declaración comúnmente no es un medio de defensa sino un medio de prueba. Su silencio e inactividad puede constituir una presunción de culpabilidad</p>	<p>El acusado es sujeto de derechos y debe ser escuchado durante todo el proceso. Su silencio no debe ser interpretado como un indicio en su contra. Tiene derecho a conocer los actos de investigación y a ser tratado como inocente. Tiene derecho a un abogado y durante la audiencia a actuar como parte procesal en igualdad de oportunidades que su acusador</p>
<p>La detención opera como regla general para todos los delitos. La prisión preventiva es una medida cautelar muy común</p>	<p>La libertad es la regla general y la detención es la excepción. Se utilizan otras medidas cautelares que no privan, necesariamente, al acusado de su libertad</p>

<i>Sistema inquisitivo</i>	<i>Sistema acusatorio</i>
La víctima regularmente no participa durante la investigación del caso, ni durante la celebración del proceso penal. El sistema penal centra su esfuerzo en castigar al culpable del delito pero no necesariamente en resarcir el daño que sufrió la víctima	La víctima ocupa una parte central en el proceso penal. Participa en las investigaciones, se le informa del desarrollo de su caso, participa directamente en la audiencia ante el juez y el sistema busca resarcir el daño que ha sufrido
Escrito. Esfuerzo institucional para construir un expediente. Lo que no existe en el expediente, no existe para el proceso	Oral. Sistema de audiencias públicas. Las pruebas que no se desahoguen durante la audiencia pública no existen para el proceso (salvo mínimas excepciones)
Secreto, poco transparente. El nivel de acceso al expediente, para víctimas, acusados y cualquier interesado varía en diversos sistemas y en diversas partes del proceso. Su apertura puede ser limitada para las partes, parcial durante las etapas procesales y/o general una vez que ha concluido el caso con sentencia del juez	Público y transparente. Todas las audiencias del proceso son públicas, salvo contadas excepciones. La víctima y el acusado tienen acceso a las pruebas del caso desde el inicio del proceso penal y a participar directamente en las audiencias con la presencia del juez
El juez puede delegar a funcionarios menores en el juzgado la celebración de diversas etapas procesales	Principio de inmediación. El juez tiene que estar presente en la celebración de las audiencias del proceso
Las audiencias de un mismo caso pueden llevarse a cabo en sesiones separadas entre sí	Principio de concentración. La audiencia pública de un mismo caso es continua
La víctima y el acusado no tienen la oportunidad de confrontar la veracidad de las pruebas en audiencia pública con la presencia del juez	Principio de contradicción. La víctima y el acusado tienen la oportunidad de confrontar la veracidad de las pruebas en audiencia pública con la presencia del juez
El objeto del proceso es imponer una pena a quien sea declarado culpable. El Estado debe agotar todas las etapas del procedimiento penal para cada uno de los casos que es de su conocimiento	Principio de oportunidad. El objeto del proceso penal es solucionar de la mejor forma el conflicto generado por la violación de la ley. El Estado permite la suspensión del proceso para aceptar sistemas alternativos para la solución de controversias y procesos penales simplificados o abreviados

<i>Sistema inquisitivo</i>	<i>Sistema acusatorio</i>
Prueba tasada. Las pruebas que presenta el Estado tienen mayor valor probatorio que las pruebas que presenta el acusado	Principio de igualdad procesal. Todas las partes del proceso ofrecen sus pruebas en igualdad de condiciones en la audiencia pública. El valor de la prueba no está predeterminado previo a la audiencia
Sistema de desconfianza. Todo debe quedar por escrito en el expediente. Se destina un amplio esfuerzo institucional para cumplir las formalidades del proceso	Debido proceso legal. Las formalidades legales tienen como objeto proteger o garantizar el debido proceso de ley y los principios que de ahí derivan como legalidad, inocencia, objetividad y defensa integral
El juez puede decidir en privado, con base en el expediente, posiblemente sin haber escuchado directamente a la víctima y al acusado, y frecuentemente a partir de un proyecto de sentencia preparado por un funcionario del juzgado	El juez decide en público, después de haber escuchado a todas las partes y con fundamento en las pruebas desahogadas durante la audiencia pública y oral

Fuente: elaboración de Miguel Carbonell y Enrique Ochoa Reza con información de Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995, y Montes Calderón, Ana, “Elementos de comparación entre el sistema inquisitivo y el sistema acusatorio”, *Técnicas del juicio oral en el sistema penal colombiano: lecturas complementarias*, Colombia, Comisión Interinstitucional para el Impulso de la Oralidad en el Proceso Penal, USAID, 2003, pp. 17-25, véase <http://www.pfyaj.com/chechchi/biblioteca/index.html>.

Ferrajoli condensa en un párrafo algunas de las ideas contenidas en el cuadro anterior, cuando señala que:

Se puede llamar *acusatorio* a todo sistema procesal que concibe al juez como un sujeto pasivo rígidamente *separado* de las partes y al juicio como una contienda *entre iguales* iniciada por la acusación, a la que le compete la carga de la prueba, enfrentada a la defensa en un juicio *contradictorio, oral y público* y resuelta por el juez según su *libre convicción*. A la inversa llamaré *inquisitivo* a todo sistema procesal donde el juez procede de *oficio* a la búsqueda, recolección y valoración de pruebas, llegándose al juicio después de una instrucción *escrita y secreta* de la que están *excluidos* o, en cualquier caso, limitados la *contradicción* y los *derechos de defensa*.²⁹

²⁹ Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón, cit.*, p. 564. El énfasis es nuestro.

En consecuencia con lo que llevamos apuntado, los niveles de acceso a la información y de transparencia de los sistemas inquisitivo y acusatorio también son distintos entre sí. La publicidad en el sistema inquisitivo depende en gran medida del acceso que tengan las partes, o cualquier interesado, al contenido del expediente.

En la práctica, hay gran variedad en los distintos sistemas inquisitivos sobre este tema. Es común que las investigaciones del juez o del Ministerio Público que forman parte del expediente no sean fácilmente accesibles para el acusado (o su abogado), lo cual amplía la desventaja con la cual establece su defensa. También sucede que el acceso a los expedientes para el público en general está prohibido, o que sea limitado durante diversas etapas del proceso, o simplemente se permita su revisión hasta que el caso haya concluido con la sentencia del juez.

Por otro lado, la baja transparencia del sistema es también poco favorable para la víctima, quien regularmente no forma parte esencial del proceso de investigación, ni de la etapa jurisdiccional, por lo cual es común que desconozca la evolución de su caso.³⁰

Los sistemas acusatorios son considerablemente más abiertos y transparentes. Ante la ausencia de expedientes, la apertura del sistema depende de la publicidad de las audiencias. Esto establece un amplio nivel de transparencia prácticamente por diseño.³¹

Dado que el sistema acusatorio tiene como una de sus características fundamentales la celebración de audiencias públicas y orales —con la presencia ininterrumpida del juez, la víctima, el acusado y sus abogados— el sistema ofrece múltiples mecanismos para la rendición de cuentas. De hecho, salvo contadas excepciones, todas las audiencias están abiertas a la presencia del público en general.

Asimismo, desde las primeras etapas del proceso el acusado ejerce su derecho de conocer —directamente o a través de su abogado— las pruebas que hay en su contra, tanto para aportar pruebas en contrario, como para poner en duda la credibilidad de las pruebas que lo incriminan. Por último, a diferencia del sistema inquisitivo, la víctima forma parte esencial durante

³⁰ Para una descripción sobre las condiciones de transparencia en el sistema inquisitivo-mixto (escrito) de México véase Ochoa Reza, Enrique, “La transparencia y el Ministerio Público”, en Fox, Jonathan *et al.* (coords.), *Derecho a saber: balance y perspectivas cívicas*, México, Woodrow Wilson Internacional Center for Scholars, Fundar, 2007, pp. 133-138.

³¹ Véase más adelante, el análisis de los alcances, posibilidad, riesgos y dilemas del “principio de publicidad”, recogido en el encabezado del artículo 20 de la Constitución como un principio rector del procedimiento penal mexicano.

la investigación y puede ejercer el derecho de ofrecer su testimonio en audiencia pública frente al juez.

Todo lo anterior pone de manifiesto que el sistema acusatorio tiene elementos que lo hacen más efectivo para la salvaguarda de los derechos fundamentales de víctimas y acusados, que están ausentes en el sistema penal inquisitivo.³² Además, los sistemas acusatorios tienen comúnmente un par de elementos procesales que suelen no aparecer en los sistemas inquisitivos. Nos referimos a la posibilidad de establecer medidas alternativas de solución de controversias y a la de permitir que el Estado resuelva un caso a través de procedimientos abreviados o simplificados. Esto tiene manifestaciones prácticas importantes, sobre todo en sistemas penales que —como sucede con el caso mexicano— deben hacerse cargo de la resolución de cantidades apabullantes de casos.

Los sistemas inquisitivos tienen como objeto el establecer un castigo para quien haya cometido un delito. Por ello, el Estado le da seguimiento a toda conducta delictiva que sea de su conocimiento, agotando todas las etapas procesales indistintamente del nivel de gravedad del ilícito cometido. Así, recibirá el mismo trato procesal la conducta delictiva que produjo una lesión menor, que las acciones resultantes en un homicidio calificado.

Los sistemas acusatorios parten de un principio diferente. El objetivo es resolver conflictos que surjan entre las partes con el énfasis puesto en el resarcimiento del daño que ha sufrido la víctima. La diferencia no es menor. Bajo un sistema acusatorio, es común que un problema penal se resuelva sin agotar todas las instancias procesales. De hecho, a través de mecanismos alternos de solución de controversias, la gran mayoría de los casos se resuelven *antes* de llegar a la celebración de la audiencia pública y oral. Esto desconggestionan el sistema penal para concentrar los recursos institucionales, humanos y financieros, para la resolución de los delitos que así lo ameriten.

Las medidas de solución alternas se desarrollan en un marco institucional que promueve el respeto a los derechos de víctimas y acusados. En una reunión ante un mediador profesional, con la presencia de las partes y sus abogados, se busca establecer acuerdos reparatorios que restituyan el daño que ha sufrido la víctima. De llegar a un acuerdo, las partes lo presentan

³² Véase el interesante documento de Pellegrini Grinover, Ada, “El modelo acusatorio de instrucción procesal penal como garantía de los derechos humanos”, Departamento de Derecho, Instituto Tecnológico Autónomo de México, *Documento de Trabajo*, núm. 4, 27 de marzo de 1998. Este documento es una versión en castellano de la conferencia “O modelo acusatório de instrução processual penal como garantia dos direitos humanos”, publicada en *Temas de Derecho Procesal. Memoria del XIV Congreso Mexicano de Derecho Procesal*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1996.

ante un juez de garantías, quien velará para que su contenido sea proporcional, voluntario y respetuoso de los derechos de la víctima y el acusado. De proceder, se dará el proceso penal por concluido.

La efectividad de un sistema acusatorio-oral se fortalece con la presencia conjunta de los mecanismos alternos de solución de controversias y de la audiencia oral. Ambos procesos son complementarios entre sí. Por un lado, las mediaciones son más efectivas dado que las partes saben que al final del proceso hay una audiencia pública, oral y transparente. Es común que las partes prefieran un acuerdo antes de ventilar su problema jurídico en público.

En ausencia de la audiencia pública oral, la tentación para una de las partes de evitar la mediación y buscar una salida del proceso penal inquisitivo-escrito a través de los canales de la corrupción es mayor. De ahí que las medidas de solución alterna de controversias puedan ser menos efectivas al incorporarse en un sistema inquisitivo-escrito que en un sistema acusatorio-oral. Asimismo, gracias a las medidas alternas de solución de controversias, menos casos llegan a las audiencias públicas, por lo que se pueden destinar mayores recursos institucionales para atender casos de gran complejidad.

En la misma vertiente, el Estado tiene la capacidad de resolver conflictos jurídicos a través de mecanismos procesales abreviados o simplificados, o de interrumpir una investigación ante la falta de evidencia sólida para perseguir un caso. Esta última decisión no es una práctica irregular o discrecional de la autoridad de investigación, como es el caso en los sistemas inquisitivos, pues su ejecución tiene que ser aprobada, en los sistemas acusatorios, por un juez de garantías. En atención a todo lo anterior, las diferencias entre los sistemas acusatorio e inquisitivo no sólo se pueden identificar en el funcionamiento práctico de cada sistema, sino que también son observables al identificar los principios jurídicos a los cuales responden.

Por lo que llevamos expuesto el lector podría estar convencido, como lo estamos nosotros, de la superioridad del modelo acusatorio sobre el inquisitivo. Conviene señalar, sin embargo, que algunos autores han discutido tal superioridad, ofreciendo algunos argumentos que consideramos que deberían ser tomados en cuenta, no tanto para volver al pasado que al menos para México se encuentra en sistema inquisitivo-mixto, sino para perfeccionar algunos aspectos del modelo acusatorio que estamos construyendo.³³

³³ Para una perspectiva crítica del modelo acusatorio ver Sklansky, David Alan, "Anti-inquisitorialism", *Harvard Law Review*, vol. 122, núm. 6, abril de 2009, pp. 1634 y ss.

III. PRINCIPIOS DEL NUEVO PROCESO PENAL MEXICANO

El artículo 20 nos ofrece las bases de lo que se conoce como un sistema penal de corte acusatorio, dejando atrás el modelo inquisitivo-mixto que existía hasta antes de la reforma, a las que nos hemos referido en el apartado anterior. Esas bases son los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación. ¿Qué significan tales principios y cómo se van a concretar en la práctica? Conviene ofrecer una exposición, aunque sea sucinta, del contenido de cada uno de ellos.³⁴

1. *Publicidad*

De acuerdo con el principio de publicidad, todos los actos dentro del juicio son públicos. Esto implica, como principio general, que cualquier persona interesada puede asistir a la sala del juzgado de que se trate y ver el desarrollo de las actuaciones procesales.

La publicidad actúa en beneficio de la recta impartición de justicia, inhibe la corrupción, mantiene a las partes en un estado de mayor igualdad y convoca a una mejor rendición de cuentas.

Tal principio es aceptado en muchos países y supone un elemento central de lucha contra la corrupción y la ineficacia que crecen en escenarios opacos y alejados de la mirada pública. Además, la publicidad es un elemento definidor del sistema acusatorio, pues como lo indica Ferrajoli, “asegura el control, tanto externo como interno, de la actividad judicial. Conforme a ella, los procedimientos de formulación de hipótesis y de determinación de la responsabilidad penal tienen que producirse a la luz del sol, bajo el control de la opinión pública y, sobre todo, del imputado y su defensor. Se trata seguramente del requisito más elemental y llamativo del proceso acusatorio”.³⁵

La publicidad de los juicios era una idea que ya estaba presente en el pensamiento de la Ilustración. Jeremy Bentham escribió que “cuanto más secretos han sido los tribunales, más odiosos han resultado”. Por su parte Beccaria afirmaba que “el escudo más seguro de la tiranía es el secreto”. Más recientemente ha sido Elías Canetti quien ha ilustrado muy bien la relación que existe entre el secreto y la dictadura. Dice Canetti, en su obra *Masa y poder* que:

³⁴ Para referencias más amplias puede véase Bovino, Alberto, *Principios políticos del procedimiento penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005.

³⁵ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., p. 616.

El secreto ocupa la misma médula del poder... El detentador del poder, que de él se vale, lo conoce bien y sabe apreciarlo muy bien según su importancia en cada caso. Sabe qué acechar, cuándo quiere alcanzar algo, y sabe a cuál de sus ayudantes debe emplear para el acecho. Tiene muchos secretos, ya que es mucho lo que desea, y los combina en un sistema en el que se preservan recíprocamente. A uno le confía tal cosa, a otro tal otra y se encarga de que nunca haya comunicación entre ambos... Todo aquel que sabe algo es vigilado por otro, el cual, sin embargo, jamás se entera de qué es en realidad lo que está vigilando en el otro. ... Así, el soberano siempre está al corriente de la fiabilidad de los recipientes en que ha depositado sus secretos, de su seguridad, y está en condiciones de apreciar cuál de esos recipientes está tan lleno que podría desbordar. De todo el sistema de secretos sólo él tiene la llave...³⁶

Héctor Fix-Zamudio indica que por publicidad procesal podemos entender “aquella fase del procedimiento en la que están presentes y participan activamente, tanto el juez o tribunal como las partes y las personas interesadas, pero además, cuando los actos del procedimiento pueden ser observados directa y públicamente por el público en general, así como, con algunas limitaciones, por los medios de comunicación”.³⁷

García Ramírez apunta que la publicidad “permite y alienta la presencia de terceros en los actos procesales, a título de observadores del proceso y, en este sentido, de controladores de la subordinación de participantes y diligencias a la ley que gobierna el enjuiciamiento”.³⁸

Perfecto Andrés Ibáñez nos recuerda que la publicidad, cuando se refiere a la jurisdicción, tiene un primer y nuclear sentido de garantía a favor del imputado; de esta manera, la publicidad se opone al secreto de las actuaciones judiciales y busca darles un grado tal de transparencia que haga posible el control de las mismas por quienes son parte o están directamente interesados en la causa (lo que se llama publicidad interna), o bien por simples ciudadanos quienes tienen un interés genérico en la impartición de justicia y en que la aplicación del derecho penal no sea arbitraria ni discurra fuera de los cauces legales establecidos.³⁹

³⁶ Canneti, Elías, *Masa y poder*, Barcelona, Muchnik Editores, 2000, pp. 304, 306 y 307.

³⁷ Fix Zamudio, “Aproximación al estudio de la oralidad procesal, en especial en materia penal”, *cit.*, p. 216.

³⁸ García Ramírez, *La reforma penal constitucional*, *cit.*, p. 122.

³⁹ Andrés Ibáñez, Perfecto, “Proceso penal: ¿qué clase de publicidad y para qué?”, *Jueces para la democracia*, Madrid, núm. 51, noviembre de 2004, p. 64; el párrafo en cuestión señala lo siguiente: “Referida a la jurisdicción, la publicidad tiene un primero y nuclear sentido de garantía del imputado, que debe presidir su tratamiento normativo y su proyec-

La publicidad de las actuaciones judiciales da confianza a los usuarios del sistema penal y en general a toda la sociedad, pues de esa manera los ciudadanos pueden “ver” cómo se está administrando la justicia. La publicidad, además, sirve también para evitar presiones sobre los propios jueces, quienes resultan beneficiados en su independencia por realizar sus actuaciones en público.

La publicidad procesal permite por otra parte que la opinión pública pueda desarrollar un escrutinio permanente sobre las tareas judiciales, desplegando en la práctica lo que algunos autores han llamado la “responsabilidad social” de los jueces, es decir, la que deriva de las críticas de la opinión pública. Como lo señala Luigi Ferrajoli,

La crítica pública de las actividades judiciales –no la genérica de los males de la justicia, sino la argumentada y documentada dirigida a los jueces en particular y a sus concretas resoluciones- expresa, en efecto, el punto de vista de los ciudadanos, externo al orden judicial y legitimado por el hecho de que su fuerza no se basa en el poder sino únicamente en la razón... Es por esta vía, mucho mejor que a través de las sanciones jurídicas o políticas, como se ejerce el control popular sobre la justicia, se rompe la separación de la función judicial, se emancipan los jueces de los vínculos políticos, burocráticos y corporativos, se deslegitiman los malos magistrados y la mala jurisprudencia y se elabora y se da continuamente nuevo fundamento a la deontología judicial.⁴⁰

La participación de la ciudadanía en la impartición de justicia, derivada de la mayor visibilidad de los procesos y de la posibilidad misma de asistir a ellos, puede contribuir a generar una mayor cultura constitucional alrededor de la jurisdicción.⁴¹ Esto ya está comenzando a pasar en materia de procesos constitucionales, gracias a las nuevas modalidades de transparencia judicial que ha ido adoptando la Suprema Corte de Justicia de la Nación en los años recientes, a partir de las cuales se puede dar seguimiento a las discusiones del Pleno, ya sea a través del Canal Judicial, de las versiones estenográficas

ción práctica. Desde este punto de vista, la publicidad se opone al secreto de las actuaciones judiciales y busca dar a éstas un grado de transparencia que haga posible el control de las mismas por quienes son parte o están directamente interesados en la causa (publicidad *interna*); y por quienes, simplemente como ciudadanos, tienen un genérico y objetivo interés en que el desarrollo del trámite de aplicación del derecho penal no sea arbitrario y discurra por cauces legales (publicidad *externa*)”.

⁴⁰ *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., p. 602.

⁴¹ Andrés Ibáñez, Perfecto, “Proceso penal: ¿qué clase de publicidad y para qué?”, cit., p. 64.

que se suben a la página de Internet de la Corte, o bien a través de la solicitud, con fundamento en la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública (y sus respectivos reglamentos) de las sentencias y demás actuaciones que sean del interés del solicitante.⁴²

Ahora bien, la publicidad de los procedimientos judiciales, sobre todo en materia penal, no solamente aporta beneficios, sino que también puede incidir negativamente ya sea en ciertos derechos fundamentales (como la presunción de inocencia o el derecho al juez imparcial), o en la forma en que se juzga sobre un determinado caso, es decir, sobre la marcha de la justicia penal en general. La experiencia de otros países demuestra que los medios de comunicación tienen una incidencia importante respecto a la percepción ciudadana sobre la justicia penal. Pero los medios muchas veces no se limitan (en esta materia como en las demás) a ser fieles transmisores de noticias, sino que con frecuencia dejan ver sus propios puntos de vista. Los medios también tienen su agenda, para decirlo de otra manera.

Adicionalmente, cabe considerar, en el análisis del principio de publicidad, que la mera difusión de procesos abiertos contra ciertas personas puede llegar a ser más gravosa incluso que la sentencia condenatoria, sobre todo porque contra la información que transmiten los medios no cabe ningún recurso de apelación ni de amparo. Lo que es transmitido ya queda fijo en el imaginario de la audiencia.⁴³

De particular interés debe resultar la regulación de la presencia de las cámaras de televisión en las salas de juicio oral. La deseada y deseable publicidad no nos debe llevar a que, sin distinciones de ninguna especie, las salas de juicio se conviertan en estudios de televisión, las partes en actores y el juicio en un *reality show*.⁴⁴ Si eso aconteciera no se estaría sirviendo a los mejores intereses de la justicia, sino probablemente todo lo contrario.

La presunción de inocencia que expresamente está recogida en el artículo 20 constitucional (y en instrumentos internacionales firmados y ratificados por México) puede periclitarse por una mala comprensión del principio de publicidad. Sobre todo si los medios de comunicación no asumen responsablemente su tarea de informar sobre procesos judiciales en curso y se abandonan en sus afanes por constituirse en jueces mediáticos de las personas acusadas (o incluso simplemente detenidas).

⁴² Sobre el desarrollo de la transparencia judicial en México (y sobre sus tropiezos), Carbonell, Miguel, *¿El tercero ausente? Escritos sobre el Poder Judicial*, México, Porrúa, UNAM, IMDPC, 2008, pp. 47 y ss.

⁴³ Andrés Ibáñez, Perfecto, "Proceso penal: ¿qué clase de publicidad y para qué?", *cit.*, p. 68.

⁴⁴ *Idem.*

Al respecto es de nuevo Fix-Zamudio quien nos llama la atención sobre algunos problemas que tendremos que ir resolviendo al poner en marcha el nuevo sistema penal mexicano. Este autor sostiene que:

Las consecuencias de esta publicidad ilimitada, se advierten en el desarrollo de programas en los cuales algunos periodistas, con independencia de la investigación oficial, realizan pesquisas e interrogan a testigos y sospechosos, sin la preparación técnica que tiene la policía, el ministerio público y los jueces de instrucción, con lo cual se propicia un proceso penal paralelo, con el riesgo de que los inculpados se lleguen a juzgar por millones de telespectadores con los procesos escenificados durante su tramitación así difundida... esta conducta de los comunicadores implica más que la voluntad democrática de que no se oculten ciertos asuntos, un sorprendente retorno al sistema de acusación privada, inclusive de linchamiento colectivo que no favorece ni la búsqueda de la verdad ni tampoco el retorno de la paz debido al riesgo de reacciones sociales en cadena.⁴⁵

Además de estar mencionada entre los principios generales del proceso, la publicidad vuelve a aparecer en la fracción V del apartado B del artículo 20 constitucional; el apartado B se refiere a los derechos que tiene toda persona imputada. La fracción V señala que el imputado será juzgado en audiencia pública; ahora bien, la propia fracción señala algunos límites a la publicidad, los cuales podrán ser establecidos por una ley (creando de esa manera una “reserva de ley” respecto de tales límites, excluyendo por tanto que los mismos puedan estar contemplados por una norma distinta a la ley). Las razones para limitar la publicidad de las audiencias, según lo señala la fracción V, son las de seguridad nacional, seguridad pública, protección de las víctimas, testigos y menores, cuando se ponga en riesgo la revelación de datos legalmente protegidos, o cuando el tribunal estime que existen razones fundadas para justificarlo.

Ahora bien, la misma fracción —en su parte final— abre la posibilidad de que sea el juez quien determine que hay razones fundadas para limitar la publicidad. Es decir, la fracción en comento remite el primer término a la ley para señalar los casos en que podrá limitarse la publicidad de la audiencia, pero además faculta al juez para determinar otros supuestos (o verificar que, en un caso concreto, concurren los que previamente ha señalado el legislador).

Los límites al principio de publicidad (como lo son los que se acaban de señalar), no son extraños en la experiencia comparada del proceso penal.

⁴⁵ Fix-Zamudio, “Aproximación al estudio de la oralidad procesal, en especial en materia penal”, *cit.*, p. 236.

En el derecho comparado, tanto nacional de otros países, como internacional, hay casos en que se reserva el nombre de las partes. Por ejemplo, en ocasiones los expedientes se identifican como “X, Y y Z contra Bélgica”, para proteger la identidad de menores o de personas que han sido víctimas de delitos que generan una especial sensibilidad social (como los de naturaleza sexual).

En este sentido puede mencionarse que en el caso *Newspaper Co. vs. Superior Court*, la Suprema Corte estadounidense sostuvo la pertinencia de restringir el acceso a la información judicial en materia penal cuando, por ejemplo, una víctima menor de edad en delitos de carácter sexual esté prestando testimonio,⁴⁶ lo cual es muy entendible pues tiende a proteger el interés superior del niño expresamente tutelado por la Convención de los Derechos del Niño de la ONU (de 1989).⁴⁷

En cualquier caso la publicidad debe ser una nota omnipresente en los procesos judiciales, pero no en la eventual etapa previa de detención e investigación. En México es frecuente que los medios de comunicación den a conocer los nombres y las fotografías o imágenes de personas que acaban de ser detenidas. No hay contra ellos ningún elemento que los haga culpables de haber cometido un delito y sin embargo son exhibidos públicamente como violadores, asesinos o ladrones.

Los medios de comunicación, con el apoyo y la connivencia de las autoridades policiales o ministeriales, vulneran de esa forma la presunción de inocencia (entendida no solamente como un derecho intraprocesal, sino como una protección del individuo también frente a su desdoro público, a la vejación de que puede ser objeto por sus conocidos, por sus vecinos, por la comunidad en que se desenvuelve).⁴⁸

La “presentación” de individuos recién detenidos debería respetar su intimidad, tal y como lo permiten los modernos sistemas electrónicos (por ejemplo mediante la distorsión de su rostro o de su voz). No estamos a favor de detenciones secretas, sino de preservar el debido equilibrio entre los intereses que el principio de publicidad pone en juego y, en ciertos supuestos, en tensión.⁴⁹ Perfecto Andrés ha señalado al respecto lo siguiente:

⁴⁶ En el caso *Newspaper Co. vs. Superior Court*, 457 U.S. 596.

⁴⁷ De hecho, los procedimientos que rigen la justicia para adolescentes (derivados del mandato del artículo 18 constitucional), pueden ser un parámetro atendible (en sentido positivo o negativo) para establecer las reglas de la publicidad y sus límites en el derecho penal de adultos. Sobre el tema puede verse Vasconcelos Méndez, Rubén, *La justicia para adolescentes en México*, México, UNICEF, UNAM, 2009.

⁴⁸ Barendt, Eric, *Freedom of speech*, 2a. ed., Nueva York, Oxford University Press, 2007, p. 315.

⁴⁹ De hecho, la propia reforma es muy clara al señalar que deberá existir un registro de detenciones en el artículo 16 párrafo cuarto. Habrá que discutir si ese registro puede ser

Creo que en materia de proceso penal, el pesado gravamen que su sola instauración representa para el afectado no debería verse incrementado por la *pena* sobreañadida de la difusión de los datos que inducen una anticipación del juicio y muy perturbadores efectos dentro del mismo. Siquiera hasta la existencia de una hipótesis acusatoria suficientemente contrastada y madura, apta para determinar la apertura de aquél.⁵⁰

Como puede verse, el principio de publicidad juega un papel de la mayor importancia en cualquier sistema procesal que busque respetar el debido proceso. Pero también puede poner en jaque diversos bienes y derechos de rango constitucional. Por eso es que estimamos prudente y oportuno que la fracción V del apartado B del artículo 20 constitucional haya reflejado la importancia del principio pero también haya reparado en la complejidad del tema, al grado de incluir sus posibles limitaciones desde el texto constitucional, reenviando para su detalle a la tarea legislativa y al criterio judicial para su aplicación concreta.

La publicidad o el derecho a un juicio público aparecen en distintos ordenamientos del derecho internacional de los derechos humanos. Es el caso de la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU (1948), en cuyo artículo 11 se señala el derecho de toda persona acusada de haber cometido un delito “a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley en *juicio público*...”.

2. *Contradicción*

Sergio García Ramírez señala que “el contradictorio constituye un principio procesal de la más elevada trascendencia”.⁵¹

El principio de contradicción significa, entre otras cuestiones, que todo lo que se aporte al juicio puede ser objeto de refutación y que las partes

consultado por cualquier persona o si se mantendrá cierta reserva; en caso de que se limite el acceso a la información que obra en el registro, se tendrá que discutir sobre la extensión temporal de la reserva. En todo caso, la interpretación que se haga de ese párrafo del artículo 16 constitucional por parte tanto del legislador como de los órganos aplicadores, deberá ponerse en armonía o cuando menos ponderarse con el artículo 6 párrafo segundo, fracción primera, que se refiere al principio general de publicidad de toda la información pública, así como al supuesto general de excepción, cuando existan razones de interés público así determinadas por la ley. Sobre el tema en general, Carbonell, Miguel, *El régimen constitucional de la transparencia*, México, UNAM, 2008.

⁵⁰ Andrés Ibáñez, Perfecto, “Proceso penal: ¿qué clase de publicidad y para qué?”, *cit.*, p. 71.

⁵¹ García Ramírez, *La reforma penal constitucional*, *cit.*, p. 121.

tendrán a su disposición los mismos elementos para demostrar que les asiste la razón, sin que una parte tenga en sus manos la posibilidad de aportar pruebas de “mayor valor” o de “mayor peso” que la otra. La contradicción “quiere decir, en esencia, que la igualdad de las partes en el proceso y la consideración que ambas merecen, en aras de la justicia, obliga a dar a cada una oportunidades iguales para esgrimir sus pretensiones, probar sus afirmaciones y exponer sus razones”.⁵²

Es interesante hacer notar que una especie de aterrizaje de este principio general se encuentra tanto en las fracciones V como en la VI del apartado A del artículo 20 constitucional. En la primera de dichas fracciones dado que el texto de la carta fundamental señala expresamente, luego de establecer la carga de la prueba para quien endereza la acusación de acuerdo al respectivo tipo penal, que las partes tienen igualdad procesal para sostener la acusación o la defensa.

La fracción VI por su parte señala de forma tajante que “ningún juzgador podrá tratar asuntos que estén sujetos a proceso con cualquiera de las partes sin que esté presente la otra, respetando en todo momento el principio de contradicción, salvo las excepciones que establece esta Constitución”. Esta disposición es importante no solamente para mantener intacta la igualdad entre las partes y preservar su capacidad de “contradecir” lo que le diga al juzgador su contraria, sino también porque debería suministrar el mandato necesario para terminar con la no muy correcta práctica del llamado “alegato de oreja”, el cual se ejerce en privado por las partes (o por una de ellas) sobre el juzgador. Estimamos que una recta administración de justicia debería impedir esas reuniones privadas, las cuales en ocasiones incluso se realizan fuera de las instalaciones de los juzgados. Las autoridades judiciales deberían evitar en la medida de lo posible el contacto con los litigantes fuera de los supuestos previstos legalmente.

Ferrajoli apunta que:

En un sistema penal de tipo cognoscitivo, todos los actos en que se expresa el *principio de contradicción* —imputaciones, absoluciones, testimonios, confesiones, denuncias del coimputado, reconocimientos, careos, requisitorias, alegatos defensivos, impugnaciones, excepciones, etcétera— equivalen a momentos de un conflicto entre verdades judiciales contrapuestas: es decir, entre aserciones que enuncian o sostienen hipótesis acusatorias y aserciones que las *contradicen*, confutando con ello no solo su verdad, sino también la validez de los preceptos en que se apoyan.⁵³

⁵² García Ramírez, *La reforma penal constitucional*, cit., pp. 121 y 122.

⁵³ Ferrajoli, *Derecho y razón*, cit., p. 543.

La efectiva realización del principio de contradicción requiere no solamente de un instrumental legislativo que lo ponga en claro y detalle su alcance, sino también de ciertas habilidades discursivas y analíticas por parte de los participantes en las audiencias del juicio oral. Va a ser del todo relevante que tanto el abogado defensor como la parte acusadora dominen las técnicas del interrogatorio y contra-interrogatorio. Para ello será esencial la capacitación que se proporcione tanto en las escuelas y facultades de derecho como en las instituciones encargadas de preparar a los jueces y a los ministerios públicos.

La audiencia oral ofrece varios momentos en los que toma forma el principio de contradicción. Por ejemplo, en el momento de la declaración inicial, en el que intervienen —en ese orden— la parte acusadora y la defensa. Lo mismo sucede, de manera primordial, en el momento en que se presentan las pruebas, en donde nuevamente hay espacio para la refutación.⁵⁴ Y finalmente en el espacio reservado a los alegatos, que también deben presentar tanto la parte acusadora como la defensa.

Las partes deben desarrollar destrezas que les permitan tener una buena actuación en la audiencia oral y de esa manera realizar vigorosamente en la práctica el principio de contradicción. A continuación ofrecemos algunas sugerencias para que se tenga un mejor desempeño en la audiencia oral, en el entendido de que se trata de consideraciones de sentido común para cuya formulación no se requiere de mayor ciencia ni pericia (aunque sí, tal vez, para su puesta en práctica):

- Las partes deben dirigirse al juez o tribunal de manera respetuosa y guardando siempre las formalidades; la audiencia es un momento ritual.
- Hay que hablar en voz alta y clara, evitando las “muletillas” y los circunloquios.
- Hay que mantener contacto visual con el juez, a fin de inspirar seguridad y confianza; lo mismo se aplica respecto de los testigos a los que se va a interrogar.
- Hay que evitar la lectura de documentos en la audiencia; lo ideal es tener todo el caso memorizado en sus cuestiones más importantes. Si no fuera así, es necesario preparar una “guía” con los puntos básicos sobre los que se va a construir el discurso, incluyendo el interrogatorio que se va a aplicar durante la audiencia.

⁵⁴ Recordemos que la fracción III del apartado A del artículo 20 constitucional señala que “para los efectos de la sentencia sólo se considerarán como prueba aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio”.

- Hay que escuchar con atención a la contraparte; lo que diga será de gran utilidad al momento del contrainterrogatorio. Hay que tomar nota de sus afirmaciones.
- Identifique las fortalezas o debilidades de un testigo, tanto respecto a su credibilidad personal como por lo que haya manifestado en la audiencia. Tenga presente los antecedentes del testigo, sus posibles intereses en el caso, la relación con el acusado o con la parte acusadora, su relación con el ministerio público, la lógica de lo que dice, la forma en que presta testimonio. Repare en aquello que el testigo no está diciendo (las lagunas en un testimonio deben ser aprovechadas, al igual que lo que sí dijo el testigo).
- Vaya conduciendo al testigo a los puntos que a usted le interesan, pero evite las preguntas sugestivas, capciosas o confusas; la claridad es siempre un valor muy apreciable. No pierda el rumbo del interrogatorio.
- Distinga, según las necesidades del caso, cuándo es mejor formular preguntas más abiertas y cuándo es mejor formular preguntas cerradas. Las primeras se refieren a hechos muy generales. Una pregunta abierta sería por ejemplo: “¿en qué circunstancias conoció usted a la víctima?”, mientras que una pregunta cerrada sería del tipo: “¿de qué color era el vehículo que atropelló a la víctima?”.
- Trate al testigo con respeto y permita que presente su explicación.
- Cuando sea necesario utilice apoyos visuales para enfatizar o aclarar un punto. Por ejemplo para explicar la ubicación física del acusado, la víctima y los testigos en el lugar de los hechos. Un apoyo visual puede ser, en ciertos casos, un medio de prueba (por ejemplo, el arma homicida). También pueden utilizarse fotografías, croquis, etcétera. Algunos de estos materiales pueden incluso llegar a ser reconocidos por los testigos durante la audiencia, en particular para el caso de los peritos.
- Vaya controlando el tiempo de sus intervenciones, evitando que se le acabe el espacio para exponer cuando todavía no ha tocado los puntos esenciales que demuestren su tesis. Recuerde que el tiempo de los jueces y la duración de las audiencias no son infinitos.
- En los alegatos concéntrese en las pruebas, vinculándolas con lo que señala la ley respecto de su pertinencia y de la valoración que el juez o tribunal les debe dar; sugiera al juez el peso que a cada prueba le corresponde, así como la manera en que sería justo que se emitiera la sentencia. La presentación de alegatos no es un concurso de opiniones: se trata de discutir lo que se ha ventilado en la audiencia. Hay que atenerse a lo probado; un buen alegato se basa en hechos y más hechos, no en discursos teóricos o en la exposición de su personal criterio sobre el caso.

En distintas publicaciones sobre juicios orales pueden encontrarse casos reales o ficticios en los que se reproducen interrogatorios y contrainterrogatorios.⁵⁵ Es importante tenerlos presente para aprender la manera en que se debe preguntar y para comprender los puntos finos que se deben tener presente en el desahogo de las pruebas presentadas en la audiencia.

En todo caso, los estudiantes y profesores de derecho mexicanos debemos tener claro que litigar juicios orales requiere de una formación específica y de una disciplina que, por lo pronto, nos son en buena medida ajenas. La disciplina que se requiere

está lejos de consistir en técnicas de oratoria o desarrollos de la capacidad histriónica, como los prejuicios de nuestra comunidad jurídica suelen creer. En cambio, subyace la idea de que el juicio es un ejercicio profundamente estratégico y que, en consecuencia, comportarse profesionalmente respecto de él consiste –en particular para los abogados, aunque esta visión también altera radicalmente la actuación de los jueces– en construir una teoría del caso adecuada y dominar la técnica para ejecutarla con efectividad.⁵⁶

3. *Concentración*

El principio de concentración supone que la mayor parte de los actos procesales se van a realizar en una sola audiencia (idealmente) o en un número muy reducido de actuaciones procesales, lo que va a permitir que el proceso se abrevie lo más posible.

Fix-Zamudio apunta, sobre este principio, que “significa, en esencia, que el procedimiento no debe fragmentarse en diversas etapas preclusivas, lejanas en el tiempo unas de otras y con constantes impugnaciones de numerosos actos procesales intermedios, como ocurre con el proceso predominante o exclusivamente escrito, el que se prolonga excesivamente en el tiempo”.⁵⁷ Para resguardar adecuadamente la concentración el mismo autor señala que:

En las fases orales del proceso debe predominar la reunión o condensación del procedimiento en una o varias audiencias orales, en las cuales las partes, en presencia y orientación del juez o tribunal, presenten y desahoguen sus

⁵⁵ Véase, por ejemplo *Técnicas del juicio oral en el sistema penal colombiano: lecturas complementarias*, cit., pp. 135 y ss., así como Baytelman, Andrés y Duce, Mauricio, *Litigación penal. Juicio oral y prueba*, México, FCE, 2005, pp. 106 y ss.

⁵⁶ Baytelman, Andrés y Duce, Mauricio, *Litigación penal...*, cit., 31.

⁵⁷ Fix Zamudio, “Aproximación al estudio de la oralidad procesal, en especial en materia penal”, cit., p. 217.

medios de convicción y formulen verbalmente sus alegatos finales, y si es posible en la audiencia final se dicten los puntos resolutive del fallo respectivo.⁵⁸

4. Continuidad

El principio de continuidad indica que las actuaciones judiciales (y, sobre todo, la audiencia principal del proceso) no deben ser interrumpidas, sino que deben agotarse todos los temas a examinar una vez que han dado comienzo. De esta manera se intenta evitar la práctica de interrumpir testimonios o audiencias debido a un sinnúmero de causas, lo que a la postre termina alargando innecesariamente los procesos. Obviamente, el principio de continuidad resulta indispensable para realizar en la práctica el principio de concentración; ambos principios guardan una estrecha relación y se puede decir que uno es condición necesaria para que exista el otro y viceversa.

5. Inmediación

El principio de inmediación indica que el juez debe estar presente en la audiencia y dicha presencia debe ser, obviamente, física y no remota, y además debe ser continua. Si el juez se ausenta o de plano no acude a la audiencia, todo lo actuado es nulo de pleno derecho. De esta manera los jueces tendrán un conocimiento más cercano del caso y no podrán emitir sus fallos con la única guía de un frío expediente y del correspondiente proyecto que les prepare algún secretario. Este principio se encuentra reforzado por la fracción II del apartado A del propio artículo 20 constitucional que señala: “II. Toda audiencia se desarrollará en presencia del juez, sin que pueda delegar en ninguna persona el desahogo y la valoración de las pruebas, la cual deberá realizarse de manera lógica y libre”.

Sobra decir que la puesta en práctica de este principio requerirá de profundos cambios en la organización del trabajo judicial. En la última parte de este libro haremos referencia a algunos de estos cambios, pero de momento vale la pena apuntar que el principio de inmediación tomado en serio requiere, como lo ha señalado García Ramírez, que los jueces cuenten con el tiempo y la preparación que son necesarios para conducir una audiencia⁵⁹; lo mismo puede decirse respecto de los demás involucrados en el desarrollo de la audiencia, pues sería ingenuo suponer que el éxito de la misma depende

⁵⁸ *Idem.*

⁵⁹ García Ramírez, *La reforma penal constitucional, cit.*, p. 124.

solamente del juez o tribunal. Lo cierto es que el correcto desarrollo de las audiencias depende también del grado de compromiso, profesionalismo y preparación de las demás partes.

La realización del principio de intermediación requiere, para empezar, que se cuente con la infraestructura que permita, con la comodidad y dignidad debidas para el desarrollo de los correspondientes actos rituales, la presencia física de las partes.

IV. PRINCIPIO DE EXCLUSIÓN DE PRUEBA ILÍCITAMENTE OBTENIDA

La fracción IX, apartado A, del artículo 20 incorpora a nivel constitucional un principio que ya figuraba en varios códigos de procedimientos penales y que es muy conocido en el derecho comparado. Nos referimos al principio de exclusión de las pruebas obtenidas ilícitamente.⁶⁰ En el caso específico de la fracción mencionada se establece que dicha ilicitud acontece cuando la prueba se obtiene violando derechos fundamentales y además se señala que la consecuencia será la nulidad de la misma, es decir su inexistencia para cualquier efecto jurídico dentro del proceso penal respectivo o en cualquier otro que se inicie con posterioridad.

La justificación de la norma contenida en la fracción IX se encuentra en el hecho de que las autoridades no deben violar derechos fundamentales en el curso de una investigación y, si lo hacen, dicha violación debe ser “neutralizada” dentro del proceso, con independencia de la responsabilidad concreta a la que pueden hacerse acreedores los agentes responsables de la misma. De otro modo los agentes de la autoridad contarían con buenos incentivos para investigar violando derechos fundamentales.

Y no sólo eso, sino que además se estaría permitiendo una doble violación de derechos: una primera a través de la obtención de la prueba ilícita (por ejemplo a través de la entrada en un domicilio sin orden judicial o de la interceptación de comunicaciones privadas), y una segunda a través del uso de ese material en un proceso, en perjuicio de la víctima de la primera violación. El principio que estamos analizando atañe solamente a la segunda violación; la primera tendrá que ser reparada y sancionada por medio de los cauces procesales correspondientes.

El principio de nulidad de la prueba ilícita se proyecta tanto a lo que los procesalistas llaman “actividad probatoria”, como a la prueba misma. La

⁶⁰ Carbonell, Miguel, “Sobre el principio de exclusión de pruebas ilícitamente obtenida”, *Iter Criminis. Revista de Ciencias Penales*, México, cuarta época, núm. 7, enero-febrero de 2009, pp. 191-196.

actividad probatoria comprende: *a)* los actos procesales y extra-procesales por medio de los cuales se obtiene información que puede ser relevante dentro de un proceso; *b)* los actos de incorporación de tales elementos dentro del proceso (aportación de fuentes y proposición de medios de prueba); *c)* los actos procesales por los que se extrae y se pone ante el juzgador la información contenida en tales fuentes, y *d)* el proceso de valoración de esa información por parte del juez.⁶¹

El principio de nulidad de la prueba ilícitamente obtenida se conoce también como *exclusionary rule* y ha sido notablemente desarrollada por la jurisprudencia norteamericana, que lo define como la regla:

Según la cual los materiales probatorios (*evidence*) obtenidos por las fuerzas del orden público mediante acciones de investigación criminal que vulneren los derechos procesales constitucionales reconocidos por las Enmiendas Cuarta, Quinta, Sexta o Decimocuarta de la Constitución Federal, no podrán aportarse ni ser valorados por el juzgador en la fase decisoria de los procesos penales federales o estatales, a efecto de la determinación o prueba (*proof*) de la culpabilidad o inocencia del acusado cuyos derechos fueron violados.⁶²

El precedente fundamental en los Estados Unidos es el caso *Weeks versus United States* de 1914, aunque la teoría de la nulidad de la prueba ilícita no se impone por completo sino hasta la década de los años sesenta. El señor Weeks había sido objeto de una violación constitucional toda vez que agentes federales y estatales habían interceptado sin orden judicial su correspondencia, en la que se transportaban billetes de lotería (lo cual estaba prohibido). La Corte, por votación unánime, estimó que se violó en su

⁶¹ Fidalgo Gallardo, Carlos, *Las "pruebas ilegales": de la exclusionary rule estadounidense al artículo 11.1 LOPJ*, Madrid, CEPC, 2003, p. 12.

⁶² Fidalgo Gallardo, *Las "pruebas ilegales"*, cit., p. 49. Las enmiendas V y VI señalan lo siguiente: Enmienda V: "Nadie estará obligado a responder de un delito castigado con la pena capital o con otra infamante si un gran jurado no lo denuncia o acusa, a excepción de los casos que se presenten en las fuerzas de mar o tierra o en la milicia nacional cuando se encuentre en servicio efectivo en tiempo de guerra o peligro público; tampoco se pondrá a persona alguna dos veces en peligro de perder la vida o algún miembro con motivo del mismo delito; ni se le compeliere a declarar contra sí misma en ningún juicio criminal; ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni se ocupará la propiedad privada para uso público sin una justa indemnización"; Enmienda VI: "En toda causa criminal, el acusado gozará del derecho de ser juzgado rápidamente y en público por un jurado imparcial del distrito y Estado en que el delito se haya cometido, Distrito que deberá haber sido determinado previamente por la ley; así como de que se le haga saber la naturaleza y causa de la acusación, de que se le caree con los testigos que depongan en su contra, de que se obligue a comparecer a los testigos que le favorezcan y de contar con la ayuda de un abogado que lo defienda".

perjuicio la Cuarta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos y abrió una senda jurisprudencial que en las décadas posteriores tuvo un gran desarrollo. La Enmienda Cuarta tiene el siguiente texto:

El derecho de los habitantes de que sus personas, domicilios, papeles y efectos se hallen a salvo de pesquisas y aprehensiones arbitrarias, será inviolable, y no se expedirán al efecto mandamientos que no se apoyen en un motivo verosímil, estén corroborados mediante juramento o protesta y describan con particularidad el lugar que deba ser registrado y las personas o cosas que han de ser detenidas o embargadas.⁶³

De la regla de exclusión de la prueba ilícitamente obtenida deriva la teoría del “fruto del árbol envenenado”, según la cual es nulo también todo lo que derive de una prueba obtenida ilícitamente, siempre que entre la violación inicial y las pruebas adicionales haya una conexión lógica.

El precedente relevante en este punto dentro de la jurisprudencia norteamericana es *Wong Sun versus United States*, de 1963, en el que la Suprema Corte tuvo que decidir sobre un caso en el que la policía había entrado ilegalmente en un domicilio; del registro de la vivienda derivó no solamente la obtención de pruebas diversas y la detención de un sospechoso, sino también el levantamiento de declaraciones que permitieron abrir nuevas líneas de investigación. La Corte estimó que la nulidad afectaba no solamente a las pruebas obtenidas directamente, sino también a las evidencias que derivaran de las declaraciones obtenidas gracias a una violación de derechos fundamentales.⁶⁴

La cuestión importante para la comprensión de la doctrina de los frutos del árbol envenenado es determinar la conexión lógica entre una primera violación de derechos y lo que de ella puede derivar.

En la jurisprudencia norteamericana se han desarrollado ciertos estándares que permiten aceptar que, bajo ciertas circunstancias, no hay conexión lógica entre una primera violación de derechos y otros elementos de prueba que pretendan presentarse a juicio; entre dichos estándares se encuentran: a) la teoría de la fuente independiente, b) el principio de conexión atenuada, y c) la regla del descubrimiento inevitable.

De acuerdo con la teoría de la fuente independiente, serán aceptables en juicio las pruebas que derivan de una fuente que no haya sido “contaminada” por una actuación policiaca violatoria de derechos fundamentales.

⁶³ Cabe hacer notar que esta Enmienda guarda cierto parecido con algunas disposiciones del artículo 16 de la Constitución mexicana.

⁶⁴ Fidalgo Gallardo, *Las “pruebas ilegales”*, cit., p. 436.

Un precedente importante en esta definición se encuentra en *Silverthorne Lumber Co. Versus United States*, de 1920. En realidad no estamos frente a una teoría que limite el principio de exclusión de la prueba ilícitamente obtenida, sino frente a un ámbito exento del mismo, toda vez que la prueba en cuestión no está relacionada lógicamente (por derivar de una fuente independiente, “limpia”) con una cierta violación de derechos fundamentales.

Según la teoría de la conexión atenuada, se considera que no es aplicable la regla de exclusión cuando la distancia entre la prueba viciada y un segundo elemento de prueba no permita considerar que la primera afecta al segundo, de forma que la mancha original haya sido “borrada”. Así lo sostuvo la Suprema Corte estadounidense en *Nardone versus United States*, de 1939, y en el ya citado caso de *Wong Sun versus United States*.

Hay ciertos elementos que la teoría procesal penal norteamericana ha ido reconstruyendo para advertir cuando una “mancha” ha sido en efecto limpiada y no afecta a la admisión de pruebas dentro de un proceso. Entre tales factores se menciona:⁶⁵ a) el tiempo transcurrido entre la primera ilegalidad y la obtención de las pruebas derivadas (si el tiempo es mayor existen más probabilidades de que un tribunal admita la prueba derivada); b) los acontecimientos que intervienen entre la primera ilegalidad y la obtención de las pruebas derivadas (si la cadena lógica es muy extensa, es más probable que la prueba sea admitida; si tal cadena es corta, dada la inmediatez de la obtención de la prueba derivada, la inadmisión es más que probable); c) la gravedad de la violación originaria, dentro de la cual se aplica la máxima según la cual si el árbol está más envenenado, será más difícil que sus frutos estén sanos; d) la naturaleza de la prueba derivada.

La teoría del descubrimiento inevitable permite admitir una prueba a juicio, aunque haya derivado de otra obtenida ilícitamente, siempre que el descubrimiento de la segunda se hubiera producido incluso sin la existencia de la primera, de forma inevitable. Esta teoría fue asumida por la Suprema Corte de los Estados Unidos en la sentencia *Nix versus Williams*, de 1984.

Las tres teorías que hemos brevemente apuntado suponen limitaciones a la doctrina de los frutos del árbol envenenado. Hay también que considerar que la regla de exclusión está limitada por la excepción de buena fe, la cual se configura cuando un agente de policía actúa de buena fe, pero viola un derecho fundamental. Esta excepción ha sido admitida por la Corte estadounidense en su sentencia *United States versus Leon*, de 1984. Se trata de una excepción que se aplica en caso de que un agente de la autoridad realice un registro o una detención sobre la base de una orden judicial que él pensaba

⁶⁵ Fidalgo Gallardo, *Las “pruebas ilegales”*, cit., pp. 441 y 442.

que era válida, pero que luego se demuestra que carecía de los elementos legales que debían acompañarla.

Ahora bien, la propia jurisprudencia ha limitado a esta limitación (configurando una especie de “límites de los límites” o “límites de la excepción”). No podrá argumentarse que hubo buena fe por parte de los agentes de la autoridad:

- a) Cuando la autorización judicial derivó de una declaración jurada falsa del propio agente o de uno de sus superiores (*Franks versus Delaware*, de 1979).
- b) Cuando el juez en cuestión carece de neutralidad respecto al caso (*United States versus Leon*, ya mencionado).
- c) Cuando faltan indicios suficientes en la declaración jurada (*Illinois versus Gates*, de 1983).
- d) Cuando la orden es omisa por lo que hace a la particularidad de la delimitación del ámbito de la autorización a la policía, lo cual acontece cuando se da una orden genérica de cateo, sin señalar lo que se debe buscar o el lugar preciso en que se debe realizar la búsqueda (*Massachusetts versus Sheppard*, de 1984).
- e) O bien, para terminar, cuando existen defectos en la ejecución de la orden judicial que autoriza un registro (de nuevo en *United States versus Leon*).

Como puede verse de lo que llevamos dicho, el principio de nulidad establecido en la fracción IX del apartado A del artículo 20, aunque breve en su enunciación constitucional, contiene una enorme complejidad y tendrá que ser puntualmente desarrollado por los jueces y tribunales que conocerán de causas penales. En todo caso, no sobra apuntar que dichos órganos judiciales deberán tomar en serio el citado principio, a fin de que nuestros procedimientos penales no abran la oportunidad a los agentes de la autoridad para violar derechos fundamentales, como ha sucedido de manera masiva durante décadas. Es momento, a partir de la reforma constitucional, de elevar el nivel de exigencia de las autoridades, las cuales pueden y deben actuar de forma respetuosa con los derechos, como sucede en la mayor parte de los países democráticos. La incorporación del principio de nulidad de la prueba ilícitamente obtenida a nivel constitucional es una oportunidad para policías, jueces y hasta para los académicos, que también tendrán que hacer su parte en la configuración de tal principio.

V. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

La fracción I del apartado B del artículo 20 constitucional señala que toda persona imputada tiene derecho “a que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa”.

Como se sabe, uno de los principios básicos del derecho penal moderno y del derecho constitucional en la medida en que tiene por objetivo preservar la libertad, es la presunción de inocencia. Se trata de una cuestión central para cualquier análisis que se quiera hacer del sistema de derechos fundamentales que, en materia penal, rige en México.

La presunción de inocencia significa, para decirlo de forma sintética, que toda persona debe tenerse por inocente hasta que exista una sentencia firme de autoridad competente en la que se le tenga como responsable de la comisión de un delito; Ferrajoli al respecto apunta que

Si la jurisdicción es la actividad necesaria para obtener la prueba de que un sujeto ha cometido un delito, hasta que esa prueba no se produzca mediante un juicio regular, ningún delito puede considerarse cometido y ningún sujeto puede ser considerado culpable ni ser sometido a pena.⁶⁶

A partir de esa presunción se deben desarrollar una serie de previsiones legislativas para asegurar que mientras la sentencia condenatoria no exista, se le causen las menores molestias posibles al inculcado, sobre todo mientras dura el juicio en su contra. Por ejemplo, la presunción de inocencia obliga al legislador a limitar la posibilidad de la prisión preventiva a aquellos casos verdaderamente graves, en los que la persona que ha sido detenida supone un riesgo cierto y objetivo para los fines que deben alcanzarse mediante el proceso judicial.

Sobre la presunción de inocencia Luigi Ferrajoli apunta que:

—si es verdad que los derechos de los ciudadanos están amenazados no sólo por los delitos sino también por las penas arbitrarias— la presunción de inocencia no sólo es una garantía de *libertad* y de *verdad*, sino también una garantía de *seguridad* o si se quiere de *defensa social*: de esa “seguridad” específica ofrecida por el estado de derecho y que se expresa en la confianza de los ciudadanos en la justicia; y de esa específica “defensa” que se ofrece a éstos frente al arbitrio punitivo.⁶⁷

⁶⁶ *Derecho y razón, cit.*, p. 549.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 549.

En concreto, la restricción del uso de la prisión preventiva deriva del principio de presunción de inocencia, pero también de la idea iluminista de acuerdo con la cual solamente se puede privar de la libertad de una persona por orden judicial, luego de seguido un juicio en el que se haya demostrado su culpabilidad: en eso consiste el principio de jurisdiccionalidad que es esencial para cualquier modelo de juicio que se quiera mínimamente garantista.

La presunción de inocencia está también reconocida por los tratados internacionales en materia de derechos humanos. El artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 dispone en su párrafo primero que: “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”. En el mismo sentido, el artículo 14.2. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”.

Es importante señalar que la presunción de inocencia, como principio estructurador tanto de la manera de juzgar como del tratamiento que se le debe dar al procesado, debe oponerse incluso frente al criterio mayoritario que pueda expresarse dentro del tejido social respecto de un proceso en lo particular. Ya se habló, al analizar el principio de publicidad, de la incidencia que tienen los medios de comunicación respecto a la percepción social de los procesados y de la actuación de las partes involucradas en un juicio. Por eso es que debe tenerse siempre presente, sobre todo por parte de los jueces, la presunción de inocencia entendida como derecho fundamental, de lo que deriva su carácter contramayoritario. Para decirlo con Ferrajoli: “Ninguna mayoría, por más aplastante que sea, puede hacer legítima la condena de un inocente o subsanar un error cometido en perjuicio de un solo ciudadano”.⁶⁸

⁶⁸ *Ibidem*, p. 544.